

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e o fim da inviolabilidade do sigilo bancário

Marcelo Meireles Lobão*

Resumo

O estudo discorre sobre constitucionalidade do acesso, pelo Coaf, às informações financeiras protegidas pelo sigilo e o seu compartilhamento com outros órgãos, independentemente de autorização judicial. Empreende-se análise sobre o conceito de sigilo, inviolabilidade da intimidade e vida privada e reserva de jurisdição para, ao cabo, responder às seguintes indagações: o Coaf pode ter acesso pleno e irrestrito aos dados financeiros das pessoas jurídicas e naturais? Pode o órgão compartilhar diretamente com as polícias judiciárias, Ministério Público e outras instituições os relatórios financeiros produzidos sem prévia autorização judicial? Qual a extensão, profundidade, natureza, enfim, o conteúdo do controle judicial? O trabalho, partindo dos princípios da reserva de jurisdição absoluta e vinculação causal como referenciais teóricos, seguiu, como vetor metodológico, a linha exploratória (pesquisa bibliográfica e jurisprudencial). A pesquisa demonstrou que o compartilhamento direto – como sói ocorrer – ofende o direito constitucional de proteção do sigilo de dados e a inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Palavras-chave: Coaf, sigilo, compartilhamento, controle judicial

Introdução

1 Generalidades

A Lei 9.613, de 1998, que

Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências,

em sua redação original, não outorgou ao Coaf o poder de acesso direto e irrestrito a informações bancárias e

fiscais dos suspeitos de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 10, inciso III, a requisição dessas informações pelo Conselho estava condicionada a prévia e expressa autorização judicial.¹

Rompendo a tradição do Direito brasileiro quanto à preservação do sigilo de informações financeiras e fiscais, cujo afastamento sempre dependeu de prévia decisão judicial fundamentada,² a Lei Complementar 105, de 2001, assentou, em seu art. 2º, § 6º, que

O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Desde então, o Coaf tem livre e pleno acesso aos dados bancários e fiscais de quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, que, em tese, figurem como proponentes ou participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e “demais órgãos de fiscalização”, assim como por instituições financeiras e demais “pessoais sujeitas ao mecanismo de controle”.

Ademais, a Lei Complementar 105, de 2001, estatui que não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de infrações penais ou ilícitos administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa (art. 1º, § 3º, inciso IV).

Contudo, à luz do princípio da reserva de jurisdição absoluta, acerca dessa matéria persistem questões ainda sem resposta: a ordem jurídica legitima o acesso do Coaf às informações financeiras e fiscais de pessoas naturais e jurídicas e o seu compartilhamento com outros órgãos, em especial os incumbidos da persecução penal, independentemente de autorização

* Juiz Federal titular da 3ª Vara Federal de Rondônia, juiz-corregedor da Penitenciária Federal de Porto Velho, embaixador da ONG Visão Mundial e pós-graduado em Direito do Estado e Ciências Penais. Autor do livro *Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em Razão de Vícios de Nulidade* (Malheiros, 2008).

¹ Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º III: [...] deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

² Exceção é feita aos ocassos episódicos da democracia brasileira.

judicial? O compartilhamento de informações financeiras, consoante o arcabouço legislativo vigente, não implica verdadeiro fim do sigilo?

I – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

1 Escorço histórico

O combate à lavagem de dinheiro constitui um dos principais mecanismos de enfrentamento do crime organizado nacional e transnacional. Em 2011, o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime divulgou relatório segundo o qual as redes de crime organizado auferem cerca de US\$ 870 bilhões de dólares por ano “Com a venda de produtos ilegais onde quer que haja demanda.” Esse montante, superior ao PIB de muitos países, corresponde, segundo o recente estudo, a 1,5% do GDP (produto global bruto) e 7% de todo o volume de exportações mundiais de bens e serviços.³

O primeiro instrumento internacional sobre lavagem de ativos é a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980. Buscava o documento concitar os países europeus a criar um regime mais rígido de identificação dos clientes das instituições financeiras e adotar medidas de cooperação e intercâmbio de informações, visando coibir o uso ilícito do sistema financeiro.

Contudo, coube à Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – ou simplesmente Convenção de Viena de 1988 – levar o combate à lavagem de dinheiro a escala mundial, embora com ênfase à repressão do tráfico internacional de entorpecentes.

Posteriormente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, estabeleceu, em seu art. 6º, que cada Estado parte adotaria medidas para caracterizar como infração penal a conversão ou transferência de produtos de crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita.

Ademais, a convenção, no art. 7º, concitou cada Estado a instituir, como medida de caráter instrumental,

Regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros

organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas.

Segue o mesmo dispositivo pontuando que cada signatário

Garantirá [...] que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (*incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais*), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

O Brasil é signatário de ambas as convenções⁴⁻⁵.

Resultado dos compromissos internacionais assumidos, o país editou, em 1998, a Lei 9.613, que

Dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos.

E, mais recentemente, promoveu ampla reforma da lei, destacando-se o fim do rol determinado de crimes antecedentes.⁶

A lei, como parte de um amplo conjunto de medidas instrumentais preordenadas ao controle das operações, criou o Coaf – Conselho de Controle das

⁴ Aprovada pelo Decreto Legislativo 162, de 14 de junho de 1991, e promulgada por meio do Decreto 154, de 26 de junho de 1991. A convenção, em seu art. 3º, preceitua que “Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: [...] b) I) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; II) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.”

⁵ Ratificada, pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003, e promulgada em 15/03/2004, por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004.

⁶ Lei 12.683, de 2012.

³ Fonte: Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes: research report*. Out./2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2012.

Atividades Financeiras, dando-lhe feição de órgão central de inteligência do sistema de prevenção e repressão da lavagem de dinheiro. Na dicção do texto legal, compete ao

[...] COAF a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

À semelhança dos demais países que subscreveram as convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro, a lei brasileira confere primazia aos mecanismos preventivos. De fato, a pedra angular da política criminal de controle da lavagem de dinheiro repousa, no país e na maioria dos países ocidentais, nos instrumentos de prevenção, os quais “Se desenvolvem essencialmente em sede administrativa” (*Blanco, Fabian e Zaragoza*, 2006, p. 278).

Por conseguinte, é nítida a tendência de ampliação dos mecanismos e métodos de controle da movimentação interna e transnacional de capitais. A identificação mais precisa da origem dos valores e natureza das transações, a maior abrangência dos tipos de operações monitoradas, a ampliação do rol de instituições obrigadas a comunicar movimentações atípicas e a cominação de sanções cada vez mais rigorosas para casos de descumprimento, entre outras medidas, são exemplos da intensificação do espectro de intervenção do Estado na sociedade – com os efeitos colaterais que daí advêm – com o objetivo de tentar erradicar a lavagem de valores obtidos por meios criminosos e, com isso, neutralizar as grandes organizações criminosas.

Atualmente, o marco regulatório da prevenção da lavagem de ativos funda-se em três pilares: existência de órgão especializado que centralize e fiscalize as operações financeiras cujas características sejam consideradas heterodoxas; obrigatoriedade de comunicação, por parte das várias instituições que atuam direta ou indiretamente nos mercados financeiro e de bens e serviços, acerca de transações que exorbitem do padrão esperado; e, intercâmbio de informações entre os órgãos de inteligência dos países envolvidos e entre estes e os serviços de justiça criminal.

Com uma ou outra especificidade, o certo é que o sistema preventivo da maioria dos países que se propuseram a enfrentar a lavagem de capitais está estruturado nesses três eixos.

2 Acesso a informações financeiras e seu compartilhamento

Para que possa desincumbir-se de suas funções, é imprescindível que o Coaf tenha acesso a dados detalhados da transação financeira. Isso é fato. Entretanto, ao contrário do que ocorre hoje, o Coaf, inicialmente, não ostentava o poder de acessar direta e irrestritamente informações bancárias e fiscais. As instituições obrigadas se limitavam a encaminhar ao Conselho registro das operações consideradas atípicas, basicamente, com referências a nomes e valores globais.

Maiores detalhamentos, como operações cruzadas e reversas, beneficiários finais, origem dos recursos, entre outras informações, dependiam de prévia autorização judicial, mediante decisão fundamentada, como, de resto, estava previsto no art. 10, inciso IV, da Lei 9.613, de 1998:

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

[...]

III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

Não faltaram vozes contra o procedimento previsto na lei, o qual, aliás, é importante que se diga desde logo, replicava a tradição do Direito brasileiro de só permitir o afastamento do sigilo de dados ou protegidos pela inviolabilidade da vida privada e intimidade mediante prévia decisão judicial fundamentada.

O próprio Coaf, nos relatórios de atuação de anos anteriores, fez constar uma incontida insatisfação quanto à sua sujeição ao controle judicial, ao defender abertamente a prerrogativa de acesso aos dados independentemente de intervenção judicial.

Os apelos do órgão foram ouvidos. Em 2001, sem maiores debates, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar 105, a qual, em seu art. 2º, § 6º, pontua que

O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF [...], as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida lei.

Assim, com a entrada da Lei Complementar 105, de 2001, o Coaf ficou desobrigado de postular em juízo e, assim, declinar os motivos que embasam sua decisão e hábeis a demonstrar a adequação e necessidade da medida, para ter acesso a dados tradicionalmente considerados sigilosos. O órgão, portanto, é dotado

atualmente da prerrogativa de manipular informações financeiras de quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas, que, em tese, figurem como proponentes ou participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários e “demais órgãos de fiscalização”, assim como por instituições financeiras e demais “pessoais sujeitas ao mecanismo de controle”.

Ademais, a prerrogativa do Coaf estende-se às informações financeiras de quaisquer pessoas que, em tese, possam ter utilizado, em atividade econômica ou financeira, bens provenientes de infração penal ou mesmo participem de grupo, associação ou escritório cuja atividade principal ou secundária seja dirigida à suposta prática de crimes de lavagem de dinheiro.

A mudança legislativa foi profícua. De 1999 a 2002, o Coaf recebeu 12.096 comunicações referentes a operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (Bacen). Nos anos posteriores, já sob a vigência da Lei Complementar 105, de 2001, o número de comunicações saltou para 2.869.229.⁷

O intercâmbio de informações pelo Coaf, por sua vez, está disciplinado no art. 1º, incisos IV e VI, que assim preceituam:

[...]

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

[...]

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

[...]

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta lei complementar.

O intercâmbio de informações pelo Coaf, em especial com o Ministério Público e Polícia Federal, aumentou sensivelmente a partir de 2002. Segundo o relatório anual de atividades de 2010, publicado pelo órgão,

A cooperação entre o COAF e outras instituições resultou em mais de 13,9 mil intercâmbios de informações, no período entre 2003 e 2011, com

destaque para o Ministério Público (5,1 mil), Polícias (5,2 mil), e Poder Judiciário (2,2 mil).⁸

O mesmo relatório traz um dado preocupante. Segundo o documento, levantamento preliminar efetuado pela Polícia Federal concluiu que com base nos 2,02 mil relatórios de inteligência financeira encaminhados pelo Coaf àquele órgão, de 2005 a 2010, foram instaurados apenas 136 inquéritos. Ou seja, menos de 10% das suspeitas levantadas pelo órgão de inteligência se convolveram em indícios de crime. E a experiência forense demonstra que, se se levasse em conta a quantidade das denúncias efetivamente recebidas e condenações impostas, aquele percentual seguramente seria bem menor.

Além disso, se se comparar o número de inquéritos instaurados pela Polícia Federal, principal destinatária dos relatórios de inteligência financeira, com os quase três milhões de comunicações recebidas pelo Coaf, chega-se inevitavelmente à conclusão de que bem mais de 90% das pessoas cujos dados financeiros são devassados pelo conselho e, conseqüentemente, pelos órgãos destinatários dos relatórios por ele produzidos não praticaram crime de lavagem de dinheiro.

Ao contrário do que ocorria anteriormente à Lei Complementar 105, de 2001, em que o acesso à informações financeiras e, por conseguinte, o respectivo compartilhamento se processavam por meio de medida cautelar *judicializada*, atualmente não existe qualquer controle sobre a legitimidade de intervenção do Conselho na vida dos indivíduos e empresas. Note-se que as milhares de pessoas investigadas pelo órgão e que, mais tarde, nem sequer foram indiciadas ou denunciadas por não terem se confirmado as suspeitas iniciais, nenhuma foi informada pelo órgão de que sua vida financeira foi alvo de escrutínio.

Em outras palavras, o legislador atribuiu ao Coaf poder hegemônico, estendendo-o aos órgãos incumbidos da persecução penal.

II – Reserva de Juridicção e Princípio da Vinculação Causal

1 Reserva de jurisdição

A Constituição Federal destinou ao Poder Judiciário a mais grave das funções de Estado: fazer atuar, concretamente, os direitos subjetivos, sobretudo aqueles de latitude fundamental, quando ameaçados ou violados por ação ou omissão do Estado ou mesmo

⁷ Fonte: SisCoaf. Disponível em <<https://www.Coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento/>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

⁸ BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2011*. Brasília, DF, abr. 2012, p. 23.

particulares, e velar pela integridade e vigência do ordenamento jurídico enquanto pilar da coesão e paz sociais.

A essencialidade da missão confiada ao Poder Judiciário não passou despercebida por Gregório Assadra de Almeida, que sublinhou a importância que a função jurisdicional exerce para o aperfeiçoamento dos valores democráticos.

Essa implementação material do Estado Democrático de Direito brasileiro pela via jurisdicional é fundamental e ocorrerá se o Poder Judiciário, consciente e lúcido de seu dever, desenvolver atividade interpretativa: de um lado, de *proteção* dos direitos e garantias constitucionais já consagrados formalmente; de outro, de *efetivação*, no plano material, desses direitos e garantias constitucionais, sejam eles de natureza individual, sejam eles de natureza coletiva. (ALMEIDA, 2011, p. 6)

O mesmo autor, ao discorrer sobre o princípio intangível da inafastabilidade da tutela jurisdicional, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, do texto constitucional, invoca relevante lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita. A dicção, mesmo que constitucional, do direito à jurisdição não basta para que o cidadão tenha a segurança de ver assumido e solucionado pelo Estado o conflito que, eventualmente, surja na aplicação do direito. Entretanto, não se aspira, neste final de século, um direito fundamental virtualizado em norma e esvaziado em práticas inoperantes e insatisfatórias. Quer-se um direito vivo, o direito das praças públicas, não um direito acomodado, direito das prateleiras das bibliotecas fechadas. Por isso, é insuficiente que o Estado positive a jurisdição como direito, enunciando-o na fórmula principiológica da inafastabilidade do controle judicial, mas não viabilize as condições para que este direito seja exercido pelos seus titulares de modo eficiente e eficaz. (ROCHA, 1993, apud ALMEIDA, 2011, p. 7).

O tema coteja, sem dúvida alguma, a doutrina da separação dos poderes, que, na quadra atual, tem sido o alvo preferido das críticas dos pensadores da ciência política contemporânea.⁹

⁹ Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle incidental de normas no Direito brasileiro*. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Parte II, item 4, p. 240-298. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso

Fala-se, inclusive, que a teoria, irmã siamesa do constitucionalismo e erguida historicamente ao patamar de limitação do poder de caráter orgânico-estrutural, encontrou seu ocaso com o advento das constituições modernas e, de maneira mais marcante, com as profundas mudanças sociais e políticas ocorridas no final do século XX e reunidas sob o epíteto da *pós-modernidade*.

Sem embargo, parte da doutrina,¹⁰ ao tempo em que adverte para a superação da teoria tal qual ensaiada por Barão de Montesquieu, defende que a separação dos Poderes subsiste, entretanto, sob nova roupagem: a visão clássica de que o constitucionalismo moderno pressupõe a existência de uma rígida divisão entre os Poderes do Estado, como forma de instituir uma relação de moderação e controle recíprocos, dá lugar à perspectiva de *especialização funcional e independência orgânica*.

No Brasil, o Princípio da Separação dos Poderes tem assento constitucional e, mais do que isso, constitui cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, inciso III), donde se extrai a sua especial virtude de influenciar todo o ordenamento jurídico, funcionando com um vetor interpretativo não só das normas infraconstitucionais, como também das demais normas da Constituição.

Destarte, prevalece o entendimento, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que existe um espaço de atuação privativo de cada um dos Poderes e impermeável aos demais. A passagem da doutrina clássica da tripartição dos poderes à moderna concepção da especialização funcional não ab-rogou o monopólio que detém o Poder Judiciário no desempenho de determinadas competências.

Na verdade, o modelo de relacionamento entre os poderes que surge no horizonte desta época que

de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

¹⁰ Karl Loewenstein formulou uma interessante abordagem sobre o tema: “A clássica separação dos poderes estaria ultrapassada dentro da nova realidade do Estado assistencialista. Essa divisão entre as funções do Estado não seria de todo má, muito embora a ação governamental contemporânea exija uma direção mais unificada, que atualmente poderia ser chamada de liderança política. A função do governo, dentro desta perspectiva, deixa de estar restrita a execução de leis genéricas e abstratas, que tão somente haveriam de representar a vontade geral da nação. Agora a legislação simplesmente vem a refletir o direcionamento político da nação, e tanto o Legislativo quanto o Executivo deixam de ser funções distintas, para serem simplesmente consideradas como diferentes técnicas de liderança.” (Aut. cit., *Political Power and the Governmental Process*, 2. ed., Chicago, 1965, p. 34–42. In: Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. Saraiva. São Paulo, 1995, p. 46.

se convencionou denominar pós-moderna, ao revés, merece ser interpretado como resgate e renovo dos ideais que repousam nas entrelinhas dos escritos de Montesquieu e que governaram a construção de sua doutrina: a proteção da liberdade por meio da contenção do poder pelo próprio poder.¹¹ É que na doutrina de Montesquieu, a distribuição de funções assume relevância tão somente na medida em que permite que os poderes estatais reconduzam-se reciprocamente aos limites estabelecidos em caso de excesso ou abuso. A teoria clássica não possui o sentido de divisão formal e rígida de competências e destituída da racionalidade. A tônica da doutrina é a limitação do poder, o que, na visão do jusfilósofo francês, só é possível se outro poder, igualmente independente e posicionado no mesmo plano político-jurídico, fiscaliza o respeito daquele aos limites postos e se tais limites são conhecidos.

Em consequência, a contenção do poder estatal e a sua submissão ao império do direito reclamam a observância do “conteúdo nuclear e histórico” do princípio da separação dos poderes.¹²

Nessa esteira, por tudo o que se disse até agora, várias são as verdades jurídicas que transcendem do postulado: independência dos Poderes frente aos demais, relação de equilíbrio entre eles, vedação de sobreposição das competências principais, proibição de que uma pessoa seja simultaneamente membro de mais de um poder, inadmissibilidade de *instâncias hegemônicas*, e, no que mais importa ao presente estudo, existência de funções estatais privativas.

Luís Roberto Barroso traz o seguinte testemunho sobre o Princípio da Separação dos Poderes e os conceitos que dele derivam:

Há, por certo, diversas formas de realizar essas duas concepções básicas – divisão de funções entre órgãos diversos e controles recíprocos –, e a experiência histórica dos diferentes países ilustra a tese. Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas ideais centrais dois corolários: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização

funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica, demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo; (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.¹³

Negar ao Poder Judiciário a titularidade de funções típicas exclusivas, insuscetíveis de usurpação por parte do Executivo e Legislativo, minaria o sistema de moderação. O resultado seria, sem dúvida, a concentração de poder e surgimento de governos autoritários.

Por isso, advoga-se a existência de uma “reserva de jurisdição”, a exprimir a ideia de que há certas matérias confiadas com exclusividade pela ordem jurídica ao Poder Judiciário, assim como existem aquelas reservadas privativamente aos Poderes Executivo e Legislativo. Sem o reconhecimento de competências reservadas, ao menos aquelas inerentes ao *núcleo essencial* de cada uma das funções de Estado, não haveria independência entre os Poderes. Antes, o órgão que avocar a si atribuições tipicamente deferidas a outro poder, a pretexto de exercer parcela da soberania, tornar-se instância hegemônica de poder.

Em reforço a esse pensamento, importa colher a lição de Canotilho.¹⁴ O emérito professor catedrático da Universidade de Coimbra assinala que o estabelecimento dos marcos divisórios do campo de atuação privativa dos poderes pressupõe o exame da capacidade técnica de cada qual. Assim, o poder *especialmente qualificado* para desempenhar dada função típica deve fazê-lo com exclusividade, sem ingerência dos demais. A formulação teórica, designada por Canotilho de “justeza funcional”, propõe demarcar as competências privativas com esteio em critério racional e coerente com o fundamento da decisão político-jurídica de especialização funcional dos poderes. Não faria sentido a Constituição reconhecer um modelo de partição do poder baseado na natureza das principais incumbências do Estado – legislar, executar políticas públicas e julgar os conflitos – e, ao mesmo tempo, autorizar a usurpação ou uma espécie

¹¹ “Essa divisão é quem verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, quem estrema os que são absolutos dos que são livres, quem enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder contenha o poder.” (Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958, p. 31.)

¹² Cf. Barroso, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 173.

¹³ Idem, *ibidem*, p. 174.

¹⁴ Aut. cit., *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 552.

de delegação dessas funções. Naturalmente, o modelo de especialização funcional provoca diferenças importantes na estruturação de cada parcela da potestade estatal e até mesmo na formação de seus integrantes e nos critérios de seu recrutamento.

Em síntese, a estruturação dos Poderes a partir dos fins do Estado reclama que, na atuação cotidiana dos órgãos que os integram, haja fiel observância da natureza dos atos que funcionaram como critério da repartição de competências. Qualquer medida que se afaste dessa premissa contrasta com a decisão política condutora da lei fundamental, atraindo para si o labéu de ilegitimidade. Em outras palavras, a dimensão orgânica da potestade estatal vincula o modo como o universo de atos praticados em nome do Estado se apresenta. Dizer o contrário é uma fraude contra o constituinte originário.

A exata compreensão dessa temática requer que se medite sobre as lições de Paulo Castro Rangel:

Ora, como o estabelecimento de uma reserva pretende justamente garantir-se que o órgão político-constitucionalmente pensado para se desincumbir de uma certa função, o faça efetivamente (e sem interferência de outro órgão). Trata-se, pois, de uma técnica normativa destinada a revigorar a idéia de separação dos poderes e onde, melhor do que em quaisquer outras, se verifica o fenômeno da contaminação das normas organizatórias, por isso que se liga incindivelmente o domínio de uma matéria determinada à estruturação de um certo órgão.¹⁵

A doutrina da reserva de jurisdição encerra uma distinção inescusável. A exclusividade reconhecida ao Poder Judiciário opera-se, na maioria das vezes, *a posteriori*. Mas certas matérias estão sujeitas desde o princípio, ou seja, *ex ante*, ao conhecimento privativo de um juiz.

Tais fenômenos receberam da doutrina a rubrica de reserva relativa e absoluta de jurisdição. Na primeira hipótese, qualquer dos poderes pode agir *motu proprio*, fazendo atuar a norma aplicável diretamente. Aqui, o atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo encontra máxima expressão.¹⁶

Segundo Paulo Castro Rangel, o traço distintivo da reserva relativa consiste na existência de interesse

público primário que reivindique a atuação da Administração Pública desde logo. A teoria por ele engendrada, com se vê, desloca o fator de determinação do monopólio jurisdicional da perspectiva do direito em causa para a perspectiva do ato interventor.¹⁷

Evidentemente, a conceituação do instituto não se exaure com a leitura do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, a sugerir que reserva relativa seria o fenômeno que assegura a todos a pretensão de invocar a tutela do Poder Judiciário em caso de ameaça ou violação a direito.

O estudo da reserva jurisdicional pressupõe um recorte da temática relativa ao princípio da inafastabilidade da tutela do Poder Judiciário, pondo-se em destaque aquelas situações em que a intervenção estatal pode ou não configurar ameaça ou violação a direito a depender de qual órgão do Estado emanou o ato interventivo. Ou seja, a questão remete aos temas da legitimidade, competência (*lato sensu*) e procedimento estabelecidos, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. Daí a posição de Rangel que, em uma visão açodada, poderia ser tomada como reducionista.

Noutro giro, a reserva absoluta significa que cabe privativamente ao Poder Judiciário não apenas a última, mas a primeira palavra. Nesse campo, nenhum outro poder ou instituição estatal pode substituir-se ao Judiciário e realizar intervenção de caráter decisório, ou seja, *ex propria auctoritate*.

Algumas das hipóteses em que somente ao Judiciário é dado intervir na esfera jurídica, emprestando licitude a um ato que, de outro modo, caracterizaria ameaça ou ofensa a direito, estão dispostas, expressamente, no ordenamento jurídico como um todo, desde a Constituição até as normas infraconstitucionais. Exemplos de reserva absoluta explícita são as normas do art. 5º, incisos XI, XII e LXI, da Constituição Federal, e 982, 1.104 e, *a contrario sensu*, 1.124, do Código de Processo Civil.

Além disso, há outra situação jurídica em que a intervenção decisória do Estado só se legitima quando materializada pelo Poder Judiciário: a existência de conflito, atual ou iminente, entre direitos ou princípios fundamentais de igual nível hierárquico, cuja solução dependa do exame de fatores concretos. Nesse caso, os valores em rota de colisão ostentam igual dignidade e a decisão sobre qual deles deva prevalecer está condicionada à apreciação da situação concreta.

¹⁵ Op. cit., p. 27.

¹⁶ As considerações deste parágrafo e dos seguintes se beneficiaram da pesquisa acadêmica de Fernanda Regina Vilares: aut. cit. *A reserva de jurisdição no processo penal*. 2010. 239f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 65.

Assim, como não é possível ao legislador prever nas normas positivadas todas as contingências da vida e, com base nelas, estabelecer *a priori* o universo de hipóteses em que determinado direito fundamental deva sucumbir diante de outro direito ou interesse constitucional, cumpre ao judiciário fazê-lo. E essa competência não pode ser desempenhada pelo Poder Executivo por uma razão muito simples: a solução do conflito entre dois ou mais valores, assim já reconhecidos pelo ordenamento jurídico, e que ostentam a mesma importância, demanda um pronunciamento isento e imparcial.

A introdução no Direito brasileiro da doutrina da reserva de jurisdição é creditada ao Min. Celso de Mello, que, ao julgar pedido formulado em mandado de segurança impetrado contrato ato de comissão parlamentar de inquérito, pôs em relevo a distinção existente entre as duas espécies de reserva de jurisdição. Eis o que escreveu o d. ministro em seu voto:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. (STF, MS 23452, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12/05/2000, p. 20, ement. vol. 1990-01, p. 86).

Não se pode ignorar, igualmente, que a afetação restritiva de direitos fundamentais (intimidade e vida privada) em nome de outros direitos de igual latitude (segurança pública, paz social, proteção eficiente da poupança popular e do patrimônio, etc.) reporta-se, necessariamente, à metodologia da ponderação. Daí a exigência conatural de que a conformação dos valores em jogo, mediante a redução racional, controlada e justa do alcance de cada um, respeitado o seu núcleo essencial, seja realizada por órgão imparcial e especialmente estruturado para cumprir essa missão.

Nesse sentido, máxime nas hipóteses em que o poder constituinte originário não estabeleceu parâmetros objetivos e claros para o arbitramento de qual valor deve prevalecer em dada situação de colisão de direitos fundamentais e acerca dos quais a solução da relação de tensão depende do sopesamento de circunstâncias concretas e alheias à prognose legislativa, reivindica-se uma decisão particularmente fundamentada, isenta e volvida ao caso posto. O atendimento a esse protocolo só é possível se a decisão for emanada de um órgão equidistante, imparcial, independente e dotado de legitimação para instituir a “regra do caso” com força cogente.¹⁸

É lícito afirmar que compete primariamente ao legislador ordinário, em razão da legitimidade obtida nas urnas, “Proceder a uma definição de relações de preferência relativa” entre os direitos fundamentais.¹⁹ Contudo, deve o Poder Legislativo pautar-se dentro da moldura escrita pelo texto constitucional e ater-se aos limites, explícitos e implícitos, do poder de conformação que esta lhe confere. E um dos limites não escritos, mas imanentes ao poder legiferante, é o respeito incondicional à competência traçada pelo constituinte aos outros poderes do Estado.

Desse modo, extrapola o poder de conformação a norma ordinária que oblitera o poder-dever do Estado-Juiz de examinar, previamente, os motivos que justificariam o acesso a informações mantidas sob o abrigo do sigilo e das inviolabilidades. Por inferência lógica da separação dos poderes, essa matéria não pertence à esfera de disponibilidade do legislador. Ao revés, espera-se dele um comportamento diametralmente oposto, isto é, a previsão na norma conformadora de medidas que fortaleçam o exercício, pelo Poder Judiciário, de sua competência

¹⁸ Nesse sentido: Novais, Jorge Reis. Op. cit., p. 635. De acordo com o autor português, “[...] Quando a norma jusfundamental garante um determinado interesse de liberdade será que isso é feito com um alcance em que a própria Constituição já ponderou tudo quando há a ponderar, em ordem a uma aplicação meramente subsuntiva da norma, ou, ao invés, se limita a consagrar uma garantia genérica, *principal*, remetendo para os poderes constituídos a necessidade de posteriores e decisivas ponderações a realizar no momento em que a garantia em causa se confronta com outros bens igualmente dignos de proteção jurídica? [...] De resto, é também naquela primeira fase, isto é, quando se aprecia a adequação constitucional da cedência de um bem protegido por um direito fundamental sem reservas – o fundamento da restrição – que as existências ou ônus de justificação são especialmente agravados, uma vez que, na ausência de autorização constitucional expressa, o autor da restrição fica estritamente obrigado a justificar a necessidade da restrição e o controlo sobre essa justificação por parte do órgão jurisdicional é, reflexamente, mais intenso.”

¹⁹ Cf. Novais, Jorge Reis. Op. cit., p. 881-882.

preordenada à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

2 Princípio da vinculação causal

As questões controvertidas acerca da solução de conflitos entre direitos fundamentais não se esgotam nas discussões sobre competência e procedimento. O pronunciamento judicial traz à cena mais uma variável cuja significação influi decisivamente na formulação das *restrições* dos direitos: a dimensão vinculante da própria decisão judicial.

No âmbito da obtenção da prova a ser usada no processo penal – disciplina de que se ocupa este breve estudo – há um princípio da maior importância e que necessariamente deve pautar a definição do conteúdo da decisão judicial que autoriza determinada restrição a direito fundamental, mas que, nem por isso, mereceu a devida atenção por parte da doutrina. Está-se referindo ao princípio da proibição do desvio causal ou especialidade da prova.

A instrução processual penal presta-se, essencialmente, à reconstituição técnica dos fatos criminosos e suas circunstâncias, permitindo ao juiz formar sua convicção quanto à existência do delito, sua autoria, correta subsunção do fato ao preceito primário da norma incriminadora e formulação da adequada resposta penal. Etimologicamente, instrução provém da raiz latina *struō* ou *instruere*, sendo esta a junção do prefixo *in* (em, na) e *struō* (amontoar, organizar, arranjar, preparar, construir). A origem etimológica da expressão revela que a instrução processual objetiva reconstruir o passado para que o julgador possa redigir seu veredicto como se ele próprio tivesse testemunhado os fatos.

Em vista da importância que ocupa no âmbito do processo penal, constituindo *conditio sine qua non* para a aplicação da lei penal, o processo de obtenção da prova subordina-se a um complexo conjunto de regras e princípios, sem os quais a atividade probatória precipitaria para o arbítrio e abuso. O desprezo a esses postulados ressuscitaria o processo inquisitivo católico da Idade Média, que não conhecia limites.

Um desses princípios é a proibição de desvio causal da prova, segundo o qual os elementos probatórios obtidos mediante sacrifício de direito fundamental somente podem ser utilizados para apuração dos fatos que justificaram a medida excepcional. A autorização judicial para a supressão episódica de direito de tal envergadura é ato vinculado e limitado. Desse modo, a prova assim obtida não pode ser utilizada como *prova emprestada*, não se lhe aplicando o princípio do encontro fortuito de provas.

O princípio mereceu as seguintes considerações de Susana Álvarez de Neyra Kappler, professora de Direito Processual da Universidade Autônoma de Madrid:

Por su parte, el otro de los principios apuntados, el así llamado principio de especialidad, viene referido a determinar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia, de modo que sólo ciñéndose a ese ámbito se puede sostener la legalidad de dicha diligencia.

Respecto de este principio, el TS [Tribunal Supremo] se ha referido al mismo como uno de los requisitos que debe reunir toda autorización judicial habilitante de una intervención restrictiva en un derecho fundamental. Así, la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, de modo que la autorización se refiere al concreto objeto de investigación y no a otro, para evitar las diligencias de prospección. Y es que la resolución judicial para investigar otros hechos delictivos no podría servir, por no existir indicios de que el sospechoso lo sea también de esos otros hechos (principio de intervención indiciaria), y porque, aún existiendo tales indicios, podría no ser proporcionada una nueva restricción, dada la insuficiente gravedad de los mismos. En definitiva, no cabe decretar una diligencia limitativa de derechos para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, otros actos delictivos. (Neyra Kappler, 2011, p. 9).²⁰

A licença para que a autoridade policial possa colher provas de todo e qualquer ilícito, quer conexo ou não com o fato que fundamentou a decisão, eliminaria a possibilidade de controle judicial e seria uma fraude ao sistema e à presunção de boa-fé. É o que acontece quando, a pretexto de cumprir medida cautelar de busca e apreensão domiciliar para recolher indícios de

²⁰ Em tradução livre: “Por sua vez, o outro dos princípios mencionados, o assim denominado princípio da especialidade, *busca determinar a extensão da decisão judicial que autoriza a prática de uma determinada diligência*, de modo que só circunscrita a este âmbito se pode sustentar a licitude da referida diligência. Quanto ao princípio, o TS [Supremo Tribunal] se referiu a ele como um dos requisitos que toda decisão judicial deve observar ao permitir a intervenção restritiva sobre um direito fundamental. Assim, a autorização judicial é concedida para uma investigação específica e determinada, de modo que a decisão abrange um objeto concreto sob investigação e não qualquer crime, a fim de evitar “diligências casuais de investigação”. É que a decisão judicial não pode servir para investigar outros crimes, por não existirem, no momento da prolação do provimento jurisdicional, indícios de outros crimes também perpetrados pelo alvo da diligência (princípio da intervenção indiciária), porque, posto que existam tais indícios, uma nova restrição poderia não ser autorizada, dada a insuficiente gravidade desses indícios. Em suma, não cabe decretar uma diligência restritiva de direitos para tentar apurar, em geral, e sem a adequada precisão, outros atos delictivos.”

crime de sonegação fiscal, a polícia judiciária passa a *perscrutar* sobre a existência de documentos que comprovariam delitos de maior gravidade, como corrupção, peculato e lavagem de dinheiro – e verdadeiros alvos dos investigadores –, mas cujos indícios até então reunidos não se mostravam suficientes para amparar a medida. Essa seria, sem dúvida, uma maneira de tentar ludibriar os demais atores do processo, sobretudo o juiz.

Por isso, Aury Lopes Jr. acentuou que o desvio causal

Trata-se de perquirir sem uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, o que resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal (FERRAJOLI), inserindo-se no referencial inquisitório [...].²¹

O reconhecimento do princípio da vinculação causal independe de sua positivação na lei processual, eis que se trata de uma consequência lógica da exigência de fundamentação *adequada* das decisões judiciais. O emprego da prova obtida com sacrifício a direito fundamental para apoiar édito condenatório em relação a delito diverso daquele cuja possível existência alicerçou o deferimento da medida cautelar probatória, e nem mesmo com este conexo, conduz iniludivelmente à *ausência* de decisão judicial fundamentada.

Não se pode deixar de ressaltar que a vinculação causal não obsta o encontro fortuito de provas de estado flagrancial e de delitos que guardem conexão com o fato que justificou a medida probatória. No primeiro caso, o desvio causal é permitido porque a ordem jurídica autoriza a restrição a dois importantes direitos de estatura fundamental – inviolabilidade do domicílio (CF, art. 5º, XI) e liberdade (CF, art. 5º, LXI e CPP, art. 283 e 301), em situação de flagrante delito, de modo que não é razoável proibir-se a coleta da prova sob idênticas circunstâncias, medida muito menos invasiva.

A segunda hipótese, a seu turno, encontra fundamento no fato de que a conexão (aqui compreendida em sentido amplo, a abranger a continência) configura técnica de julgamento simultâneo de processos envolvendo crimes diversos, ou mais de um agente em concurso, mas que, na perspectiva dos autores correspondem a uma unidade

delitiva. Trata-se, ademais, de uma forma de impingir temperamentos ao princípio, a fim de que uma garantia processual não seja instrumento acobertador de ilícitos que, de qualquer sorte, fariam parte do objeto da investigação em andamento.²²

Evidentemente, a conexão prevista no art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal, denominada conexão probatória, não pode ser invocada para legitimar o desvio causal, quando a própria circunstância de descoberta da prova constituir o argumento de existência de vínculo instrumental entre os crimes. Seria, em uma palavra, uma petição de princípio.

Seja como for, em ambas as hipóteses, a extensão ou compartilhamento da prova supõem autorização judicial fundamentada, apta a demonstrar a exigibilidade (vedação do excesso), adequação (idoneidade da medida) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus imposto e o benefício perseguido).²³ Qualquer medida de obtenção da prova que importe supressão de direito fundamental está sujeita ao princípio da *ultima ratio* probatória. E somente o juiz, órgão independente e imparcial, é capaz de assegurar tal garantia em sua plenitude.

Aury Lopes Jr., único autor brasileiro a enfrentar o assunto com profundidade e de forma sistemática, tece relevantes ensinamentos sobre o instituto da vinculação causal ou especialidade da prova:

[...] Inicialmente, é preciso compreender que o ato judicial que autoriza, por exemplo, a obtenção de informações bancárias, fiscais ou telefônicas – com o sacrifício do direito fundamental respectivo – é *plenamente vinculado e limitado*. Há todo um contexto jurídico e fático necessário para legitimar a medida que institui uma ‘especialidade’ da medida. Ou seja, a excepcionalidade e lesividade de tais medidas exigem uma eficácia limitada de seus efeitos e, mais ainda, uma vinculação àquele processo.

Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante.

Essa decisão, ao mesmo tempo em que está *vinculada ao pedido* (imposição do sistema acusatório), é *vinculante em relação ao material colhido*, pois a busca e apreensão, interceptação

²¹ Lopes JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Lumen Rio de Janeiro: Juris, 2010, p. 551.

²² Cf., Lopes JR., Aury. Op. cit., p. 920; Fernandes, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 94.

²³ Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 260.

telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal, etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial. [...]

Assim, o chamado *princípio da especialidade* da prova situa-se numa linha de tensão com a chamada *transferência de provas*, cuja discussão costuma aparecer no campo do Direito Penal econômico, em que órgãos estatais, como Receita Federal, BACEN etc., fazem intercâmbio de documentos e provas.

A vinculação causal da prova (especialidade) é decorrência natural da adoção de um processo penal minimamente evoluído, como forma de recusa ao substancialismo inquisitorial, e as investigações abertas e indeterminadas. [...]

Constitui um absurdo obter – por exemplo – uma autorização judicial para realização de uma interceptação telefônica para apuração do delito de tráfico de substâncias entorpecentes e, posteriormente, utilizar esse material probatório para instauração de outro processo criminal, pelo delito de sonegação fiscal. [...]

Igualmente inadmissível, é que seja determinada judicialmente a restrição de determinado direito fundamental do réu (inviolabilidade do domicílio, sigilo das comunicações telefônicas etc.) e essa prova venha a ser utilizada contra terceiros.²⁴

III – Sigilo e inviolabilidade da vida privada e intimidade

Intimidade e vida privada, enquanto atributos da personalidade, encontram-se abrigadas na Constituição Federal, a qual lhes reservou um lugar de destaque no catálogo de direitos fundamentais.

Em verdade, o texto constitucional dirigiu dupla proteção à privacidade, primeiramente ao torná-la, no art. 5º, inciso X, inviolável, consagrando, ali também, o princípio da *reparação integral*. A par disso, mais à frente, no inciso XII, assegurou a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados (bancário e fiscal), comunicações telefônicas e comunicações telemáticas, que, de resto, encerram aspectos específicos inerentes à privacidade e intimidade da pessoa.²⁵

Segundo Uadi Lammêgo Bulos,

A vida privada e a intimidade são os outros nomes do *direito de estar só*, porque salvaguardam a esfera de reserva do ser humano, insuscetível

de intromissões externas (aquilo que os italianos chamam de *riservatezza* e os americanos, *privacy*).²⁶

Dirley da Cunha Júnior, de sua parte, defende que o direito à intimidade concerne à

Proteção dos segredos mais recônditos do indivíduo, como a sua vida amorosa, a sua opção sexual, o seu diário íntimo, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.²⁷

Também fazendo distinção entre intimidade e privacidade, Sampaio Ferraz assevera que “No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.”²⁸

Intimidade, vida privada e sigilo de comunicações exprimem o sentido de *espaço de exclusividade e refúgio* inerente à pessoa enquanto ser racional, singular e dotado de idiossincrasias.²⁹ Mais do que isso, aqueles conceitos – de conteúdo mais sociológico do que jurídico – vinculam-se à capacidade única do ser humano de sentir-se e perceber-se perante seu semelhante e de travar com este relacionamentos de vários matizes. Embora pareça contraditório, o *privado* só tem sentido porque o homem é um ser relacional.

Barroso escreveu que

Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua *privacidade* ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.³⁰

O conceito de intimidade é algo abstrato, variando de acordo com a cultura e valores sociais. Nos EUA, o direito fundamental à privacidade, cujos contornos foram ditados não pela Constituição, que dele não cuidou expressamente, mas por obra da

²⁴ Op. cit., p. 549-551.

²⁵ José Afonso da Silva classifica o sigilo das comunicações e de dados como direito à segurança, “Entrando no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral.” (Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed., Malheiros: São Paulo, 2010, p. 438.

²⁶ Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 553.

²⁷ Aut. cit. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 685.

²⁸ Ferraz, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 447, 1993.

²⁹ Dirley da Cunha Júnior sustenta que a Constituição faz distinção entre intimidade e as demais expressões da privacidade. Para tanto, o autor reporta-se a trechos do Documento de Estocolmo, produzido durante a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade de 1967 (Op. cit., p. 684).

³⁰ Op. cit., p. 60.

jurisprudência, assumiu com o tempo maior amplitude. Com base nele, por exemplo, a mulher norte-americana pode decidir por provocar aborto.³¹

É indubitoso que a Constituição de 1988 foi a primeira das constituições a estender a inviolabilidade por confidencialidade aos dados. Não obstante, diversamente do que afirmam alguns, a inviolabilidade do sigilo e da vida privada é contemplada na maioria das ordens constitucionais modernas.³²

Dissentem doutrina e jurisprudência se informações financeiras e fiscais estariam inseridas no conceito de *dados*, previsto no inciso XII, ou no de privacidade, estatuído no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, o sigilo de dados abrangem as informações confidenciais mantidas por instituições financeiras e de crédito e pelas Fazendas Públicas e outros organismos públicos e privados. Tércio Sampaio Ferraz³³ e André Ramos Tavares³⁴ compartilham dessa opinião.

Inicialmente, a jurisprudência do STF se inclinava pela orientação segundo a qual as informações bancárias e fiscais estariam contempladas no inciso X, do art. 5º, da Constituição. Atualmente, porém, a questão é tratada indistintamente, ora com base no inciso que trata da inviolabilidade da intimidade e vida privada, ora com fundamento no preceito concernente ao sigilo de dados e das comunicações. A atitude é correta. Consoante anota André Ramos Tavares, Consoante o magistério de André Ramos Tavares, a proteção que emerge do inciso XII não se circunscreve à *comunicação* dos dados, mas aos dados em si:

Embora os dados bancários e fiscais circulem por meio de correspondências, a proteção constitucional não se cinge unicamente a esse aspecto. Entender dessa maneira seria tornar inócua e supérflua a parte do dispositivo que se refere à comunicação de dados [...]. O que a Constituição pretende é, neste caso, ir além, para emprestar caráter sigiloso aos próprios dados comunicados, pelo particular, ao Estado ou às instituições financeiras.³⁵

De ver-se que o sigilo bancário não se aferrenha ao mero sentido linguístico da norma positivada. O instituto também haure sua vitalidade da tradição. Sigilo e operações bancárias são conceitos correlatos. Desde o surgimento dos bancos, no império babilônico, e antes mesmo da concepção da moeda, o sigilo acompanha as atividades bancárias. Nelson Abrão noticia que o mais antigo preceito sobre sigilo bancário consta do Código de Hamurabi.³⁶

A partir dali, a ideia de discrição permaneceu arraigada à concepção de estabelecimento bancário, principalmente como forma de manter as economias das pessoas a salvo da curiosidade alheia e da cobiça de salteadores, tornando-se indispensável no processo de desenvolvimento do sistema financeiro mundial. Os modelos inglês e norte-americano, onde na prática inexistia sigilo bancário, são exceções.

Em um mundo capitalista e materialista, o valor do ser humano é cada vez mais mensurado a partir de suas posses e de sua capacidade de consumo. A afirmação e a busca de significado na sociedade atual estão ligadas à disputa pelo acúmulo de riquezas. Desse modo, detalhes sobre renda, relações patrimoniais, economias, tributos pagos ou inadimplidos, empréstimos pessoais (sobretudo na modalidade *cheque especial*) e financiamentos, despesas com cartão de crédito, restrições de crédito, seguros, obrigações alimentares, entre outras, devem ser qualificados como insitos à privacidade e intimidade das pessoas.

João Bernardino Gonzaga, citado por Sérgio Carlos Covello, observou o seguinte:

Através de seus bens materiais, o homem também afirma a própria personalidade. O seu estado de fortuna, bom ou mau, muito interfere na sua projeção social. O modo como maneja os negócios depõe contra ou a favor de sua capacidade. Ele há de ter a liberdade na vida de relação, de ocultar os informes da sua economia privada. Há, por isso tudo, ou pode haver, compreensível pudor envolvendo dados patrimoniais da pessoa, o que os transporta para o campo do direito à intimidade. E desde que o banqueiro, por força das coisas, se permite devassar essa intimidade, ao mesmo tempo se lhe há de exigir que o faça com o devido respeito.³⁷

Isso justifica e esclarece a preocupação do Poder Constituinte e, agora, do Supremo Tribunal Federal

³¹ Barroso, Luís Roberto. Op. cit. p. 21, nota.

³² Bulos, Uadi Lammêgo. Op. cit. p. 567-568.

³³ Op. cit., p. 448.

³⁴ Op. cit. p. 652.

³⁵ Aut. cit., *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo, Saraiva: 2009, p. 652.

³⁶ Abrão, Nelson. *Direito Bancário*. 8. ed. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 55.

³⁷ Gonzaga, João Bernardino. Violações de segredo profissional. Apud COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001, p. 153.

em estender a esses aspectos da vida particular do cidadão a garantia de inviolabilidade. A tutela do sigilo bancário e fiscal tem sede constitucional e valor de direito fundamental.

IV – Inconstitucionalidade da Lei Complementar 105, de 2001, e da Lei 9.613, de 1998

A Lei 4.595, de 1964, editada em pleno período de exceção, continha regras específicas sobre a proteção do sigilo bancário. Em seu artigo 38, a norma dispunha que “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” e considerava crime, punido com pena de reclusão de um a quatro anos, “A quebra do sigilo.” A lei também estabelecia que o sigilo bancário só não seria oponível ao Poder Judiciário, às comissões parlamentares de inquérito e à Administração Tributária da União e dos Estados, estas últimas quando houvesse processo administrativo instaurado e as informações fossem consideradas imprescindíveis.

Semelhantemente, o art. 198, do Código Tributário Nacional, em sua redação original, vedava a divulgação pela Fazenda Pública de qualquer informação sobre a situação econômica ou financeira de sujeitos passivos ou terceiros e “Sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades”, ressalvando tão-somente o disposto na legislação criminal.

A Lei Complementar 105, de 2001, que derogou a Lei 4.595, de 1964, reproduziu em seus arts. 3º e 4º, § 1º, os preceitos que realçavam o poder do juiz e das comissões parlamentares de inquérito de requisitar documentos e informações protegidas pelo sigilo.³⁸

A par disso, embora sob a égide de um regime de cariz democrática e republicana, o legislador de 2001 foi muito além do que o Governo Militar se permitiu em 1964, ano do ocaso da democracia brasileira: estendeu a inoponibilidade do sigilo a inúmeras instituições do Estado: Receita Federal do Brasil (art. 1º, § 3º, III), Polícias Judiciárias e Ministério Público (art. 1º, § 3º, e 9º), Banco Central do Brasil (art. 2º, § 1º), Comissões de Valores Mobiliários (art. 2º, § 3º), outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras e seus agentes (art. 2º, § 5º), bancos centrais e entidades fiscalizadoras

de outros países e seus agentes (art. 2º, § 5º), Advocacia-Geral da União (art. 3º, § 3º), “autoridade interessada” da Administração Tributária da União (*sic*) (art. 5º, § 4º), autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 6º), órgãos públicos competentes para apuração de “irregularidades” e “ilícitos administrativos” (*sic*) (art. 9º, § 2º), e, finalmente, o Coaf (art. 2º, § 6º).

Diante do universo de autoridades e agentes públicos, *inclusive estrangeiros*, que têm acesso atualmente aos dados bancários e fiscais da população brasileira e empresas que atuam no País, soa como um escárnio o disposto no art. 10, segundo o qual “A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” Afinal de contas, em relação a quem o sigilo ainda subsiste?

O poder de ingerência conferido ao Coaf, ao arremio da Constituição, é ainda mais abrangente. A Lei 9.613, de 1998, com a redação dada pela recente Lei 12.683, de 2012, munuiu o Coaf com poderes praticamente ilimitados para vasculhar a vida financeira e fiscal de qualquer pessoa natural ou jurídica.

Os arts. 9º, 10, 11, 11-A, 12 e 14 da lei concederam licença ao Coaf para, independentemente de autorização judicial, acessar quaisquer documentos e informações de natureza bancária, securitária, cambiária, relativas a mercados futuros e de títulos ou valores mobiliários, previdenciária, creditícia, inclusive relativas a capitalização, compras e empréstimos com cartão de crédito e consórcio, imobiliária, enfim, todo o universo de negócios jurídicos que envolvam troca, transferência, distribuição e guarda de bens, valores e ativos. Tudo o que tiver expressão monetária está, atualmente, ao alcance do Coaf.

Ademais, o art. 15, da mesma lei, vai ainda mais longe ao possibilitar que todo esse conjunto de informações e documentos seja repassado pelo Coaf, consoante seu exclusivo alvedrio, às “autoridades competentes”. Basta que, no entender o conselho – o que lhe dá poderes quase absolutos – haja indícios de “qualquer ilícito”, o que, se interpretado literalmente, pode dar ensejo ao compartilhamento de informações protegidas por sigilo em caso de suspeita de crime de menor potencial ofensivo, contravenção penal, infração disciplinar, infração administrativa e até ilícito civil. Nem se fale que a expressão *autoridades competentes* comporta uma abertura interpretativa perigosa.

³⁸ A Lei Complementar 104, de 2001, cujo projeto tramitou quase conjuntamente com a proposição que se transformou na Lei Complementar 105, instituiu as seguintes exceções ao sigilo fiscal: (I) solicitação de autoridade administrativa no âmbito de processo administrativo instaurado em razão de prática de infração administrativa; e, (II) intercâmbio entre órgãos da Administração Pública, quer de natureza tributária ou não. Os vícios de inconstitucionalidade dos dispositivos legais que ab-rogaram o sigilo bancário estende-se aos preceitos da Lei Complementar 104.

A amplitude das hipóteses de afastamento do sigilo excede o espaço de conformação que a Constituição reconhece ao legislador e resulta, na prática, no fim do sigilo.

Fora o Poder Judiciário, detêm tal prerrogativa somente as comissões parlamentares de inquérito e o Banco Central do Brasil: as primeiras, por serem dotadas de poderes próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º); o segundo, por receber da Constituição a missão de garantir a higidez do sistema financeiro nacional (artigo 192).³⁹

Assim, à guisa de instituir regra de conformação de direito fundamental, a Lei Complementar 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, acabaram por aniquilar o direito à proteção do sigilo face ao Coaf e, de quebra, os “órgãos competentes” destinatários dos relatórios financeiros e de inteligência produzidos por aquele Conselho. Em outras palavras, as categorias conceituais de sigilo, intimidade e vida privada não mais prevalecem face à agência de inteligência financeira e as demais instituições que realizam intercâmbio de informações com o Coaf.

De outro lado, o disposto no art. 1º, incisos IV e VI, da Lei Complementar 105, com o claro objetivo de contornar a couraça criada pela Constituição em torno da intimidade e vida privada do cidadão, famílias e empresas, trilhou o caminho mais simples: modificou o sentido vernacular de sigilo e inviolabilidade para, ao cabo, excluir do âmbito de abrangência dos termos o compartilhamento de informações.⁴⁰

³⁹ O Banco Central do Brasil, cuja prerrogativa decorre da natureza de suas atribuições, não poderá fazer uso das informações sigilosas, logicamente, senão nos limites de suas funções enquanto agência de regulação.

⁴⁰ “Interpretação – Carga Construtiva – Extensão. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. Constituição – Alcance Político – Sentido dos Vocábulos – Interpretação. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escurrita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. [...]” (RE 148304, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 30/06/1994, DJ 12/05/1995, p. 12.993, EMENT v. 1786-02 p. 375)

Mas a questão preponderante reside, sem dúvida, no alijamento do Poder Judiciário de todo esse processo, malgrado a questão envolva, como mencionado alhures, o tangenciamento de direitos de estatura constitucional e, em um segundo momento, a produção de elemento de inteligência ou elemento de prova a ser utilizado em investigação criminal ou processo penal. Em outras palavras, a matéria, do início ao fim, relaciona-se com a manipulação de direitos fundamentais (sigilo de dados, intimidade, vida privada, *status dignitatis* e liberdade).

Não se pode esquecer, igualmente, de que um sistema de patrulhamento desmesurado do fluxo de capitais e do comércio de bens e serviços, infenso a um controle jurisdicional efetivo e marcado por uma institucionalizada ausência de transparência,⁴¹ é fator causador de insegurança e intranquilidade. Essa circunstância, em um setor suscetível ao menor movimento adverso e vulnerável ao que se convencionou denominar *risco sistêmico*, investe contra o princípio constitucional da livre iniciativa. A isso já alertava Blanco, Fabian e Zaragoza:

Mas, como todo medicamento – e certamente deve funcionar como tal o direito em relação à sociedade – uma legislação preventiva como a mencionada também esconde seus efeitos colaterais. Na verdade, à medida que aumentam as normas de controle sobre as transações dotadas de conteúdo econômico, reduzem-se as possibilidades de operações de lavagem. No entanto, a hipertrofia desses mecanismos administrativos – tendentes, em última instância, a alcançar o grau máximo de transparência no mercado de bens e serviços, com toda a virtude que isso implica no âmbito fiscal e, inclusive, na capacidade de seleção da própria clientela – progressivamente restringe o perímetro das liberdades econômicas inalienáveis dentro do qual a nossa sociedade trata de dar satisfação às suas necessidades atuais. Então, se é importante a prevenção da lavagem de dinheiro, também se mostra relevante que não desagüemos em um asfíxiante sistema de vigilância que arruine o funcionamento do quadro de instrumentos jurídicos e tecnológicos, desenvolvidos ao longo da História e postos a serviço da racionalização do comércio, em função de um excessivo interesse em alcançá-la. (Blanco, Fabian, Zaragoza, 2006, p. 65).⁴²

⁴¹ Lei 9.613, de 1998, art. 11, inciso II: “As pessoas referidas no art. 9º: [...] II - deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização: (Redação dada pela Lei 12.683, de 2012).”

⁴² Em tradução livre. Original em espanhol: “Ahora bien, como toda medicina - y no cabe duda que el Derecho debe serlo para

Como se verifica, o tema encerra aspectos os mais relevantes sob o ponto de vista da realização material de direitos constitucionais fundamentais. Assim sendo, como se pode admitir que o Poder Judiciário passe ao largo desse debate ou só seja chamado ao final, para chancelar ou não a prova *produzida* ou *derivada* a partir da atuação do Coaf? Como pode o Judiciário, nesse contexto, exercer sua função de garantidor dos direitos fundamentais e do império do Direito?

Nessa perspectiva, é preciso fazer um recorte na norma em apreço: ao tornar o sigilo e as inviolabilidades absolutamente inoponíveis ao Coaf, o legislador instituiu, em relação a tal instituição, um preceito normativo ab-rogatório do direito fundamental à preservação da intimidade e vida privada, porquanto o órgão de inteligência financeira tem pleno e irrestrito acesso a qualquer transação, proposta de transação ou movimentação financeira que, por exemplo, exceda determinado valor.

Na parte que altera a definição dos institutos, consignando que “não constitui violação de sigilo” o compartilhamento de informações (sigilosas), a norma enveredou-se pelo modelo da “atenuação dos deveres objetivos” do Estado, eis que dispensou que este, por meio de um poder imparcial, independente e investido da função judicante, exerça o controle efetivo, em cada caso concreto, da justificação do intercâmbio de dados.

Seja como for, a Lei Complementares 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, suprimiram o direito fundamental à proteção do sigilo e privacidade.

Recorde-se que o afastamento do sigilo deve ser necessariamente o resultado da relação de contradição entre dois valores igualmente relevantes para a ordem constitucional: a proteção à intimidade e vida privada e o direito à segurança pública e tutela da moralidade,

propriedade e licitude dos negócios jurídicos. O produto ou síntese dessa relação dialética, em que aqueles valores de igual envergadura funcionam como a tese e a antítese, só não é neutro ou nulo porque, à vista da situação concreta, deve sempre um valor preponderar sobre o outro, sem descurar do respeito ao conteúdo nuclear de cada qual.

Por esse motivo, o Coaf, desprovido da imparcialidade e isenção indispensáveis para equacionar o conflito de modo legítimo, não pode, *ex propria auctoritate*, desconsiderar o direito constitucional à proteção do sigilo de dados e fazer tábuas rasas do direito à preservação da intimidade.

Importante ter presente ainda que a teoria da reserva de jurisdição absoluta remete a uma temática muito debatida atualmente pelos constitucionalistas: as restrições em sentido estrito aos direitos fundamentais, que, segundo a doutrina, constituem normas infraconstitucionais conformadoras da dimensão subjetiva dos bens jurídicos especialmente tutelados pela Constituição.⁴³

Exponente da moderna doutrina constitucional portuguesa, Jorge Reis Novais assim distingue restrições em sentido estrito de intervenção restritiva:

[...] Estas restrições são normas que suprimem, impedem, diminuem ou dificultam o acesso dos titulares ao bem jusfundamentalmente protegido e, nessa medida, afectam a prossecução autónoma de fins pessoais garantida objectivamente pela titularidade daqueles direitos fundamentais. Esta afectação desvantajosa tanto pode ocorrer através de uma diminuição ou compressão directa das faculdades, situações ou posições individuais, como através da atenuação dos deveres objetivos que a norma jusfundamental impõe ao Estado; tanto pode actuar directamente, como mediante autorização ou remissão para posteriores intervenções restritivas. Em qualquer dos casos, e diferentemente das *intervenções restritivas* que, afectando desvantajosamente o bem protegido de um direito fundamental na sua titularidade individual e concreta, deixam intocada a norma de direito fundamental, as *restrições em sentido estrito* alteram a própria norma jusfundamental.

la sociedad -, una legislación preventiva como la que indicamos también esconde sus efectos secundarios. Ciertamente, a medida que aumenten los dispositivos de control sobre las transacciones dotadas de un contenido económico, se reducen las posibilidades de ejecutar operaciones de blanqueo. Sin embargo, la hipertrofia de tales mecanismos administrativos - tendente, en última instancia, a logra el máximo grado de transparencia en el intercambio de bienes y servicios, con todo lo bueno que ello implica en el terreno fiscal e, incluso, para la capacidad de elección de la propia clientela - coarta de forma progresiva el irrenunciable perímetro de libertades económicas dentro del cual nuestra sociedad trata de dar satisfacción a sus necesidades corrientes. Así pues, si importante es la prevención del blanqueo, también lo es que, en función de un desmedido interés por lograrla, no desemboquemos en un asfixiante sistema de vigilancia que arruine la operatividad del cuadro de instrumentos jurídicos y tecnológicos, desarrollados a lo largo de la Historia y puestos al servicio de la agilización de los intercambios.”

⁴³ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003, p. 227. Em outra passagem da obra, o autor sintetiza seu pensamento com as seguintes palavras: “Restrições serão, então, as acções dos poderes constituídos que, com base nos limites constitucionais dos direitos fundamentais, incidem restritivamente sobre o conteúdo objetivo de protecção da norma de direito fundamental e que, a serem tidos como legítimas, dão origem a uma nova delimitação do conteúdo do direito, a novos limites e a uma nova norma de direito fundamental.” (p. 278-279).

[...]

Também as dificuldades referentes à intensidade da restrição e à sua imputação se colocam diferentemente das analisadas a propósito das intervenções restritivas quando as consideramos na perspectiva da alteração da norma jusfundamental.

É que, desde logo, a natureza do prejuízo a considerar é diferente nos dois tipos de restrição. Enquanto que nas *intervenções restritivas* o prejuízo juridicamente relevante é o verificado de forma actual, individual e concreta na esfera pessoal do afectado, no caso das restrições trata-se de um prejuízo objectivo da liberdade, ou seja, de um prejuízo que resulta da própria alteração da norma jusfundamental e que se traduz, primariamente, na diminuição objectiva, imediata ou potencial, das possibilidades de acção garantidas no âmbito de protecção de um direito fundamental, ainda que, simultânea ou sucessivamente, se traduza, também, na afectação da liberdade individual e concreta de cada um dos seus titulares.

[...]

De facto, diferentemente do que acontecia nas *intervenções restritivas*, em que o controlo era desencadado no interesse e por iniciativa dos particulares afectados por um prejuízo concreto e actual, nas restrições lidamos, na maior parte dos casos, com prejuízos que, na perspectiva das esferas jurídicas dos titulares dos direitos fundamentais, são em grande medida potenciais, ameaças de efectivação provável ou segura, mas ainda em desenvolvimento. Ora, se para o particular concreta e actualmente afectado é indiferente saber se o prejuízo na liberdade pro ele sofrido foi ou não querido, admitido, previsto ou previsível, já para o 'julgamento' objectivo da ordem jurídica esses factores têm uma diferente relevância.⁴⁴

Quem mais poderia transitar entre os valores em jogo e imbuído de uma visão imparcial e equidistante, senão um órgão o Poder Judiciário? Se proveniente de qualquer outro órgão ou autoridade, o ato interventivo careceria de legitimidade.

Note-se que a quebra de sigilo bancário, fiscal e outro dado protegido constitucionalmente para a obtenção de prova de "qualquer ilícito" não prescinde do exame de cada caso, de cada situação concreta. Se assim é, e por escapar do legislador a capacidade de prever todas as situações que justificariam a medida, há que se entregar a questão ao exame do Poder Judiciário.

Nessa matéria, portanto, vigora o princípio da reserva de jurisdição absoluta. Somente ao Judiciário

é dado decretar a quebra do sigilo bancário e fiscal. Ressalva-se, porém, que as comissões parlamentares de inquérito partilham dessa competência, à vista de norma constitucional expressa atribuindo-lhe poderes instrutórios próprios do juiz.

Decerto, e aqui cabe uma pequena digressão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também invocou o princípio da reserva de jurisdição absoluta ao negar às comissões parlamentares de inquérito o poder de decretar interceptação telefônica. Em que pese a autoridade do posicionamento, tal medida, dado o grau de ingerência na intimidade e vida privada, deve figurar em um nível mais elevado da reserva de jurisdição, a qual poderia, a título de conceito instrumental, designar-se reserva de jurisdição soberana. Só assim seria possível harmonizar-se o princípio da reserva de jurisdição absoluta com o poder excepcional, concedido pela própria Constituição Federal, às comissões parlamentares de inquérito.

Cabe, ademais, ressaltar que o compartilhamento sucessivo e sem controle das informações sigilosas, conforme preconizado sobretudo na Lei 9.613, de 1998, viola o princípio da vinculação causal ou especialidade.

Como dito, as provas obtidas em sacrifício a direito fundamental estão *vinculadas* à apuração dos fatos que se mostraram determinantes para a concessão da medida.

Se é certo que o Judiciário é o detentor do monopólio de afastamento de sigilo de dados, também é correto afirmar que a prova assim obtida não pode ser utilizada em outro processo ou procedimento. O compartilhamento da prova sem autorização judicial, ressalvada a hipótese de conexão como narrado acima, corresponde à inexistência de decisão judicial fundamentada.

Desse modo, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante provocação por órgão ou pessoa legitimados, o poder de autorizar a utilização daqueles documentos como prova emprestada. Se o propósito da medida consistir na produção de prova em outro processo judicial, é indispensável a aquiescência de ambos os juízes: aquele que autorizou a medida cautelar probatória e o responsável pelo feito que será instruído com a prova emprestada. Trata-se de uma decorrência lógica do disposto nos arts. 157 e 400, do Código de Processo Penal, e art. 130, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 3º do CPP.

A prevalecer a situação atual, em que o Coaf tem livre acesso aos dados protegidos pelo sigilo, torna-se impossível o controle jurisdicional do

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 227 e 241.

compartilhamento de informações e documentos obtidos pelo órgão.

V – Considerações finais

Por fim, cumpre enunciar a síntese das premissas e das conclusões deste modesto estudo, realçando seus principais fundamentos.

O marco regulatório da prevenção da lavagem de ativos funda-se em três pilares: existência de órgão especializado que centralize e fiscalize as operações financeiras cujas características sejam consideradas heterodoxas; obrigatoriedade de comunicação, por parte das várias instituições que atuam direta ou indiretamente nos mercados financeiro e de bens e serviços, acerca de transações que exorbitem do padrão esperado; e, intercâmbio de informações entre os órgãos de inteligência dos países envolvidos e entre estes e os serviços de justiça criminal.

O intercâmbio de informações pelo Coaf, em especial com o Ministério Público e Polícia Federal, aumentou sensivelmente a partir de 2002. Segundo o relatório anual de atividades de 2010, publicado pelo órgão, “A cooperação entre o Coaf e outras instituições resultou em mais de 13,9 mil intercâmbios de informações, no período entre 2003 e 2011, com destaque para o Ministério Público (5,1 mil), Polícias (5,2 mil), e Poder Judiciário (2,2 mil).”

De acordo com o mesmo relatório, levantamento preliminar efetuado pela Polícia Federal concluiu que com base nos 2,02 mil relatórios de inteligência financeira encaminhados pelo Coaf àquele órgão, de 2005 a 2010, foram instaurados apenas 136 inquéritos. Ou seja, menos de 10% das suspeitas levantadas pelo órgão de inteligência se convolveram em indícios de crime.

Atualmente não existe qualquer controle sobre a legitimidade de intervenção do Conselho na vida dos indivíduos e empresas. As milhares de pessoas investigadas pelo órgão e que, mais tarde, nem sequer foram indiciadas ou denunciadas por não terem se confirmado as suspeitas iniciais, não foram informadas pelo órgão de que sua vida financeira foi alvo de escrutínio.

Extraem-se do Princípio da Separação dos Poderes as seguintes verdades jurídicas: independência dos Poderes frente aos demais, relação de equilíbrio entre eles, vedação de sobreposição das competências principais, proibição de que uma pessoa seja simultaneamente membro de mais de um poder, inadmissibilidade de *instâncias hegemônicas*, e, no que mais importa ao presente estudo, existência de funções estatais privativas.

A reserva absoluta significa que cabe privativamente ao Poder Judiciário não apenas a última, mas a primeira palavra. Nesse campo, nenhum outro Poder ou instituição estatal pode substituir-se ao Judiciário e realizar intervenção de caráter decisório, ou seja, *ex propria auctoritate*.

Nas hipóteses em que o poder constituinte originário não estabeleceu parâmetros objetivos e claros para o arbitramento de qual valor deve prevalecer em dada situação de colisão de direitos fundamentais e acerca dos quais a solução da relação de tensão depende do sopesamento de circunstâncias concretas e alheias à prognose legislativa, reivindica-se uma decisão particularmente fundamentada, isenta e volvida ao caso posto. O atendimento a esse protocolo só é possível se a decisão for emanada de um órgão equidistante, imparcial, independente e dotado de legitimação para instituir a *regra do caso* com força cogente.

A proibição de desvio causal da prova significa que os elementos probatórios obtidos mediante sacrifício de direito fundamental somente podem ser utilizados para apuração dos fatos que justificaram a medida excepcional.

Intimidade, vida privada e sigilo de comunicações exprimem o sentido de *espaço de exclusividade e refúgio* inerente à pessoa enquanto ser racional, singular e dotado de idiossincrasias.⁴⁵ Mais do que isso, aqueles conceitos – de conteúdo mais sociológico do que jurídico – vinculam-se à capacidade única do ser humano de sentir-se e perceber-se perante seu semelhante e de travar com este relacionamentos de vários matizes. Embora pareça contraditório, o *privado* só tem sentido porque o homem é um ser relacional.

A Lei Complementar 105, de 2001, e a Lei 9.613, de 1998, suprimiram o direito fundamental à proteção do sigilo e da privacidade.

Referências

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Poder Judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva*

⁴⁵ Dirley da Cunha Júnior sustenta que a Constituição faz distinção entre intimidade e as demais expressões da privacidade. Para tanto, o autor reporta-se a trechos do Documento de Estocolmo, produzido durante a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade de 1967 (*Op. cit.*, p. 684).

da realidade social. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, São Paulo, n. 15, 2001. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2010. Material da 3ª aula da disciplina Teoria da Organização do Estado e dos Poderes do Estado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Universidade Anhanguera-Uniderp|IPAN - Rede LFG, 2011.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *Relatório de atividades 2011*. Brasília, DF, abr. 2012.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. *SisCoaf*. Disponível em <<https://www.Coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1958.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível*. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349–395, 2008. Material da 4ª aula da Disciplina Teoria Geral dos Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC). *Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes: research report*. Out./2011. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf>. Acesso: 22 jul. 2012.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; BLANCO CORDERO, Isidoro; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial. Tercera edición*. Fundación Imprenta de la Cultura. Washington DC, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: RT, 2008.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 447, 1993.

GONZAGA, João Bernardino. Violações de segredo profissional. Apud COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. São Paulo: Leud, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. Political Power and the Governmental Process, 2ª Ed, Chicago, 1965, p. 34/42. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle incidental de normas no direito brasileiro*. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. Parte II, item 4, p. 240–298. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito do Estado – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal*. 2010. 239f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.